

VU Research Portal

Review of the book J.P.H. Zwemmer, Pluraliteit van werkgeverschap [Review of: (2012) J.P.H. Zwemmer, Pluraliteit van werkgeverschap]

Bouwens, W.H.A.C.M.

published in

Rechtsgeleerd magazijn Themis

2014

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Bouwens, W. H. A. C. M. (2014). Review of the book J.P.H. Zwemmer, Pluraliteit van werkgeverschap [Review of: (2012) J.P.H. Zwemmer, Pluraliteit van werkgeverschap]. *Rechtsgeleerd magazijn Themis*, 3, 137-142.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

J.P.H. Zwemmer, Pluraliteit van werkgeverschap

Diss. Amsterdam UvA 2012, promotoren prof. dr. J.M. van Slooten en prof. dr. R.M. Beltzer, Deventer: Kluwer 2012, 417 p. (incl. samenvattingen in het Engels, Duits en Nederlands, literatuurlijst, jurisprudentie- en trefwoordenregister), ISBN 978-90-1311-192-7.

1. Inleiding

Op 28 november 2012 promoveerde Johan Zwemmer aan de Universiteit van Amsterdam op een proefschrift met de titel 'Pluraliteit van werkgeverschap'. Als promotores traden op prof. dr. J.M. van Slooten en prof. dr. R.M. Beltzer.

Zwemmer hanteert de terminologie 'pluraliteit van werkgeverschap' om de gevallen aan te duiden waarin aan de zijde van de werkgever verschillende partijen betrokken zijn bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst met de werknemer. Hij concentreert zich in zijn studie in de eerste plaats op de situatie dat de werkgever een ander is dan de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de werknemer arbeid verricht. Hij spreekt in deze gevallen van 'gelijktijdige pluraliteit'. Deze doet zich bijvoorbeeld voor bij uitzendarbeid en intra-concerndetachering. Voorts gaat hij in op de situatie dat ná elkaar verschillende partijen als werkgever betrokken zijn bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, bijvoorbeeld als gevolg van een overgang van onderneming of een juridische fusie of splitsing. Deze gevallen duidt hij aan als 'opvolgend werkgeverschap'.

Rode draad van het onderzoek is de wijze waarop in het arbeidsrecht rekening wordt gehouden met pluraliteit van werkgeverschap in vorenbedoelde zin. Zwemmer formuleert in dat kader de volgende drie onderzoeksvragen:

- Wat is in situaties van pluraliteit van werkgeverschap de betekenis van de door partijen gemaakte contractuele afspraken bij de kwalificatie van de werkgever en welke gevolgen heeft deze pluraliteit voor de verplichtingen van de werkge-

ver jegens de werknemer op grond van arbeidsrechtelijke wet- en regelgeving in en buiten het BW?

- Wat is voor werknemers de betekenis van de bescherming van schuldeisers en contractspartijen in het ondernemingsrecht in geval van het groepslidmaatschap of de fusie of splitsing van de onderneming van de werkgever en hoe verhoudt deze vennootschapsrechtelijke bescherming zich tot de arbeidsrechtelijke bescherming van werknemers in deze situaties?
- Wordt in het recht voldoende tegemoetgekomen aan de belangen van de werkgever en de werknemer in situaties waarin aan werkgeverskant gelijktijdig of opvolgend verschillende partijen zijn betrokken bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst?

Hierna bespreek ik de belangrijkste bevindingen van het onderzoek.

2. De kwalificatie van de werkgever

Artikel 7:610 lid 1 BW omschrijft de arbeidsovereenkomst als de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten. Het bestaan van een arbeidsovereenkomst vormt het entreebiljet tot de, veelal als werknemersvriendelijk te kwalificeren, bepalingen van titel 7.10 BW.

In het kader van zijn eerste onderzoeksvraag concentreert Zwemmer zich op de vraag wie in een driehoeksverhouding, waarin de contractuele wederpartij een ander is dan de exploitant van de onderneming, als

werkgever moet worden aangemerkt. Hij constateert dat de (lagere) rechtspraak voor een antwoord op deze vraag veelal aanknoopt bij de tussen partijen, schriftelijk vastgelegde afspraken. Hij meent dat een dergelijke puur contractuele benadering niet goed verenigbaar is met het dwingendrechtelijke karakter van dat wetsartikel.

Hij betoogt in de eerste plaats dat in een dergelijke driehoeksverhouding, een verzwaarde informatieplicht jegens de werknemer behoort te gelden wanneer aan de arbeidsovereenkomst met de contractuele werkgever nadelen zijn verbonden die niet aan de orde zouden zijn wanneer deze was aangegaan (of gecontinueerd) met de feitelijke werkgever. Op deze regel kan volgens Zwemmer een uitzondering worden aanvaard voor de gevallen waarin deze nadelen redelijkerwijs algemeen bekend kunnen worden verondersteld, zoals bij uitzendarbeid.

Ook als aan deze verzwaarde informatieplicht is voldaan, behoort volgens Zwemmer bij de kwalificatie van de overeenkomst wezen voor schijn te gaan. Hij verdedigt dat door de contractuele afspraken dient te worden heengekeken wanneer uit de wijze waarop uitvoering is gegeven aan deze overeenkomst, volgt dat partijen niet werkelijk beoogden dat een arbeidsovereenkomst tot stand zou komen met deze werkgever. De rol van de contractueel als werkgever aangeduide (rechts)persoon bij de totstandkoming en de uitvoering van de arbeidsovereenkomst moet voldoende zelfstandige en inhoudelijke betekenis hebben om aan te nemen dat werkelijk een arbeidsovereenkomst met de contractuele werkgever is beoogd.

Als het werkgeverschap van de contractuele werkgever onvoldoende inhoud heeft, moet volgens Zwemmer een arbeidsovereenkomst met de feitelijke werkgever worden aangenomen. Dit zou met name kunnen spelen wanneer voornamelijk ter omzeiling van juridische en financiële consequenties van een arbeidsovereenkomst met de feitelijke werkgever een arbeidscontract is gesloten met een andere (rechts)persoon. Zwemmer heeft daarbij in het bijzonder het oog op het recent opgekomen fenomeen *payrolling*, waarbij in de meest voorkomende variant een werknemer wordt geworven door degene aan wie de werknemer vervolgens in beginsel exclusief en permanent door een payrollonderneming ter beschikking wordt gesteld.

Zwemmer doet voor zijn standpunt een beroep op arresten van de Hoge Raad die zien op het geval dat partijen twisten over de vraag of de tussen hen, op zichzelf vaststaande, overeenkomst als een arbeidsovereenkomst moet worden aangemerkt. In die situatie neemt de raad als uitgangspunt dat wat tussen partijen heeft te gelden, wordt bepaald door hetgeen hen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij die overeenkomst feitelijk hebben uitgevoerd en aldus daaraan inhoud hebben gegeven.¹ Op grond van dit criterium kan, ook als partijen geen arbeidsovereenkomst hebben willen sluiten, door de invulling die zij aan de uitvoering van hun overeenkomst hebben gegeven, soms toch een arbeidsovereenkomst worden aangenomen.

In de literatuur is de opvatting van Zwemmer bekritiseerd.² Daarbij wordt verwezen naar het arrest van de Hoge Raad in de zaak ABN AMRO/Malhi, waarin de raad te kennen geeft dat het hiervoor aangehaalde criterium niet geldt wanneer getwist wordt over de vraag of tussen partijen überhaupt een overeenkomst tot stand is gekomen.³ In dat geval moet aan de hand van hetgeen partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en redelijkerwijze mochten afleiden, worden beoordeeld of zij zich jegens elkaar hebben verbonden. De Hoge Raad oordeelde in dit arrest dat de

langdurige tewerkstelling van een uitzendwerknemer bij dezelfde inlener, niet meebracht dat de relatie met de inlener moest worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. Als niet is gebleken van een beëindiging van de uitzendovereenkomst, verzet de rechtszekerheid zich tegen een geruisloze vervanging op een niet aanwijsbaar tijdstip van de overgenomen uitzendovereenkomst door een arbeidsovereenkomst met de inlener.

Tegen deze kritiek kan worden aangevoerd dat de Hoge Raad in de zaak Stichting Thuiszorg Rotterdam tegen PGGM – waarin het ging om een overeenkomst met de directeur en enig aandeelhouder van een management-B.V. – oordeelde dat in het geval sprake is van een papieren constructie die *van aanvang af* niet met de werkelijke bedoeling van partijen correspondeert, een arbeidsovereenkomst tussen werknemer en inlener kan worden aangenomen.⁴ De wijze waarop partijen hun relatie feitelijk uitvoeren, vormt dan een aanwijzing voor hetgeen zij op dit punt bij het aangaan van de relatie beoogden.

In het geval dat een payrollbedrijf niet betrokken is bij de werving en selectie van de werknemer, de onderhandelingen over de arbeidsvoorwaarden worden gevoerd tussen werknemer enerzijds en (toekomstig) inlener anderzijds en de payrollonderneming ook overigens feitelijk geen andere invulling geeft aan het werkgeverschap dan door de betaling van het loon – en dus in feite slechts fungeert als een externe salarisadministratie – acht ik het zeer wel verdedigbaar dat sprake is van een constructie die slechts ten doel heeft om te ontkomen aan de door de wet gewaarborgde dwingendrechtelijke ontslagbescherming. Met Zwemmer zou ik willen aannemen dat in zodanig geval door die papieren constructie moet worden heen geprikt. Dat is lastiger wanneer de werknemer, voor het plaatsen van zijn handtekening onder het contract, op heldere wijze wordt geïnformeerd over het karakter van de door hem te ondertekenen overeenkomst en de persoon van de wederpartij, maar ook dan – gelet op de afhankelijk positie waarin de werknemer bij het aangaan van de overeenkomst

veelal verkeert – naar mijn mening bepaald niet uitgesloten.

3. De uitzendovereenkomst

Zwemmer gaat in zijn studie tevens uitgebreid in op artikel 7:690 BW. In dit wetsartikel wordt de uitzendovereenkomst omschreven als de arbeidsovereenkomst waarbij de werknemer door de werkgever in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever ter beschikking wordt gesteld van een derde om krachtens een door deze aan de werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van die derde. Het wetsartikel vormt tevens de toegangspoort tot afdeling 11 van titel 7.10 BW. In die afdeling vinden we onder meer artikel 7:691 BW, dat de wettelijke beperkingen voor het aangaan van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd voor een deel opheft en de mogelijkheid creëert om in de overeenkomst te bedingen dat deze van rechtswege eindigt doordat de terbeschikkingstelling van de werknemer door de werkgever op verzoek van de derde een einde neemt.

Met een beroep op de wetsgeschiedenis betoogt Zwemmer dat de door uitzendbureaus op de arbeidsmarkt vervulde allocatiefunctie – het bijeenbrengen van de vraag naar en het aanbod van tijdelijke arbeid – de reden vormde voor het opnemen van de bijzondere regeling van de uitzendovereenkomst in het BW. Hij leidt daaruit af dat de werknemer die anders dan in het kader van de door zijn contractuele werkgever op de arbeidsmarkt vervulde allocatiefunctie arbeid in de onderneming van een ander verricht, geen uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW kan hebben. Dit is bijvoorbeeld aan de orde bij intra-concerndetachering door een personeels-B.V. en bij *payrolling*. Bij dergelijke arbeidsrelaties wordt door partijen van meet af aan een meer bestendige driehoeksverhouding beoogd.

Zwemmers standpunt met betrekking tot de vraag wanneer sprake is van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW, is betwistbaar. Bij de totstandkoming werd uitdrukkelijk overwogen dat de wettelijke regeling niet alleen betrekking heeft op de traditionele uitzend-

relatie, maar ook alle andere driehoeksarbeidsrelaties omvat, waarbij de werknemer aan een derde ter beschikking wordt gesteld, om onder leiding en toezicht van die derde arbeid te verrichten.

Toegegeven, de regering liet er bij de totstandkoming van de wettelijke regeling geen misverstand over bestaan dat het in artikel 7:691 BW neergelegde verlichte arbeidsrechtelijke regime slechts behoorde te gelden voor werkgevers die daadwerkelijk een allocatieve functie op de arbeidsmarkt vervullen.⁵ Om dat te bereiken nam hij in de eerste plaats in artikel 7:690 BW op dat alleen sprake is van een uitzendovereenkomst indien de werkgever 'in het kader van de uitoefening van zijn beroep of bedrijf' arbeidskrachten ter beschikking stelt. Daarmee werd incidentele terbeschikkingstelling van personeel door werkgevers die in feite geheel andersoortige beroeps- of bedrijfsactiviteiten uitoefenen, uitgezonderd van de reikwijdte van afdeling 11 van titel 7.10 BW. Verder sloot de wetgever toepassing van artikel 7:691 BW in lid 6 van dat wetsartikel expliciet uit voor het ter beschikking stellen van arbeidskrachten waarbij de werkgever en de derde in een groep zijn verbonden in de zin van artikel 2:24b BW, dan wel de één een dochtermaatschappij is van de ander als bedoeld in artikel 2:24a BW. Aldus werd bijvoorbeeld voorkomen dat arbeidsorganisaties via een eigen uitzendbureau personeel ter beschikking zou kunnen stellen van de eigen organisatie, maar dan met minder verplichtingen. Mijns inziens ziet het vereiste van een allocatiefunctie alleen op het verlichte arbeidsrechtelijke regime van artikel 7:691 BW.⁶ De uitzondering in lid 6 van dat wetsartikel zou overbodig zijn wanneer dat vereiste reeds moet worden ingelezen in de definitie van de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW. Aldus oordeelde ook de Hoge Raad in zijn arrest van 17 juni 2011, *BNB* 2011/235. Zwemmer heeft zich door dit arrest niet van zijn ongelijk laten overtuigen. Voor zijn standpunt in dezen lijkt doorslaggevend dat hij wil voorkomen dat payrollondernemingen van de uitzonderingen van artikel 7:691 BW kunnen profiteren. Ik kan hem daarin niet volgen. Als we met hem aannemen dat in de ge-

vallen waarin de rol van het payrollbedrijf onvoldoende zelfstandige en inhoudelijke betekenis heeft, geen (arbeids)overeenkomst tussen dat bedrijf en de werknemer tot stand komt (maar tussen deze en de inleener), kan ook geen sprake zijn van een uitzendovereenkomst. Het payrollbedrijf kan in deze benadering dus ook geen aanspraak maken op toepasselijkheid van het verlichte regime van artikel 7:691 BW. Het inlezen van een allocatievereiste in artikel 7:690 BW is daarvoor niet nodig. De opvatting van Zwemmer heeft bovendien andere, als ongewenst aan te merken consequenties. Artikel 7:690 BW is namelijk niet alleen bepalend voor de toepasselijkheid van artikel 7:691 BW, maar ook voor die van het per 1 januari 2010 ingevoerde artikel 7:692 BW. Op grond van dit wetsartikel zijn de formele en materiële werkgever in principe hoofdelijk aansprakelijk voor de voldoening van het wettelijk minimumloon en de minimumvakantietbijslag. Door de allocatiefunctie in te lezen in de definitie van de uitzendovereenkomst onthoudt Zwemmer de bescherming van deze bepaling aan intra-concern gedetacheerde werknemers en andere werknemers in een van aanvang af als bestendig bedoelde driehoeksverhouding. Zijn opvatting brengt bovendien mee dat genoemde werknemers de dubbele medezeggenschapsaanspraken op grond van de Wet op de ondernemingsraden – zowel in de onderneming van de formele als, na verloop van tijd, in die van de materiële werkgever – mislopen. Zwemmer is zich dat laatste overigens bewust. Hij stelt daarom voor de verwijzing naar artikel 7:690 BW uit artikel 1 lid 3 WOR te schrappen.⁷ In mijn benadering is dat niet nodig.

4. Overgang van onderneming

Vervolgens staat Zwemmer uitgebreid stil bij overgang van een onderneming in de zin van artikel 7:662 e.v. BW. Ingevolge artikel 7:663 BW brengt een overgang van een onderneming mee dat de rechten en verplichtingen die op dat tijdstip 'voor de werkgever in die onderneming voortvloei(en) uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer' van rechtswe-

ge overgaan op de verkrijger van die onderneming. Deze bepaling vormt een implementatie van Richtlijn 2001/23/EG van 12 maart 2001, *PbEG* 2001, L 82/16.

Uitzendkrachten hebben geen arbeidsovereenkomst met de exploitant van de onderneming en kunnen zich deswege niet op artikel 7:663 BW beroepen wanneer het bedrijf waarin zij feitelijk werkzaam zijn, wordt overgenomen door een ander. Zij genieten echter wel bescherming wanneer de onderneming van het uitzendbureau overgaat.⁸ Volgens Zwemmer hangt een en ander samen met de reeds genoemde allocatiefunctie van uitzendbureaus op de arbeidsmarkt. Tot voor kort werd veelal eenzelfde standpunt ingenomen ten aanzien van intra-concern detacherende door een personeels-B.V.⁹ De gedetacheerde werknemers hebben immers ook geen arbeidsovereenkomst met de exploitant van de onderneming die overgaat. In 2010 heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie in het *Albron*-arrest echter geoordeeld dat bij de overgang van een tot een concern behorende onderneming naar een onderneming buiten dat concern, ook de onderneming waarbij de werknemers permanent tewerk zijn gesteld, zonder evenwel door een arbeidsovereenkomst aan die onderneming te zijn gebonden, als 'vervreemder' in de zin van Richtlijn 2001/23/EG kan worden beschouwd.¹⁰ Belangrijke overweging van het Hof was dat in de richtlijn wordt gesproken van een 'arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking'. Dit vormt volgens het Hof een aanwijzing dat niet onder alle omstandigheden een contractuele band met de vervreemder is vereist.

Zwemmer leidt uit het *Albron*-arrest af dat bij een overgang van een onderneming van de groepsmaatschappij waarbij de werknemer feitelijk werkzaam is, de arbeidsovereenkomst met de personeels-B.V. in die groep van rechtswege overgaat op de verkrijger. Gelet op de overwegingen van het Hof, kan een overgang van rechtswege volgens hem tevens aan de orde zijn in situaties waarin de contractuele werkgever en de exploitant van de onderneming waarbij de werknemer permanent is tewerkgesteld niet behoren tot dezelfde groep. Hij denkt daarbij wederom

in het bijzonder aan *payrolling* (als al aangenomen moet worden dat het payrollbedrijf de werkgever is ex artikel 7:610 lid 1 BW).

Ik heb eerder, samen met A.P.P. Witteveen, betoogd dat men uit het *Albron*-arrest niet mag afleiden dat de arbeidsovereenkomst van permanent intra-concern gedetacheerde werknemers bij een overgang van onderneming steeds van rechtswege overgaan op de verkrijger van die onderneming.¹¹ Het Hof van Justitie heeft slechts geoordeeld dat de onderneming van feitelijke tewerkstelling 'eveneens' als 'vervreemder' in de zin van artikel 2 van de Richtlijn moet worden aangemerkt. Wat daarvan het rechtsgevolg is, laat het Hof in het midden. Voor die rechtsgevolgen moeten we kijken naar artikel 3 van de Richtlijn. Dit bepaalt dat de rechten en verplichtingen welke 'voor die vervreemder' voortvloeien uit de op het moment van de overgang met de werknemer bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking mee overgaan op de verkrijger. Het aanmerken van de onderneming van feitelijke tewerkstelling als vervreemder brengt derhalve slechts mee dat de verplichtingen die deze niet-contractuele werkgever had ten opzichte van de gedetacheerde werknemer overgaan op de verkrijger. Denk bijvoorbeeld aan de hiervoor reeds genoemde, hoofdelijke aansprakelijkheid voor de betaling van het wettelijk minimumloon ex artikel 7:692 BW, de op de materiële werkgever rustende (hoofdelijke) aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten op grond van artikel 7:658 lid 4 BW en de verplichtingen ten aanzien van arbeidstijden en arbeidsomstandigheden (zie artikel 1:1 lid 1 onderdeel a, ten tweede, Artw, artikel 1 lid 1 onderdeel a, ten tweede, Arbwet). Als de werknemer, noch de formele werkgever aan de overgang meewerkt, verzet het *nemo plus*-beginsel zich tegen een overgang van de arbeidsovereenkomst van de ingeleende werknemer. Bovendien, waarom zou de arbeidsbetrekking met de 'niet-contractuele werkgever' in dezen de doorslag moeten geven? Het Hof van Justitie wijst in het arrest een subsidiariteitsverhouding tussen contractueel en niet-contractueel werkgeverschap juist af.

De met de contractuele werkgever bestaande arbeidsovereenkomst gaat in mijn optiek slechts over wanneer de verkrijger daadwerkelijk arbeidsovereenkomsten aangaat met een wezenlijk deel van het permanent gedetacheerde personeel (hetgeen in de *Albron*-zaak overigens ook gebeurde).¹² Is dat niet het geval, dan blijft de permanent gedetacheerde werknemer in dienst bij de formele werkgever en wordt de arbeidsbetrekking voortgezet bij de verkrijger. Een beëindiging van deze feitelijke relatie wegens de overgang is in strijd met artikel 4 van de Richtlijn. Een daaruit voortvloeiende opzegging door de formele werkgever is daarom vernietigbaar op grond van artikel 7:670 lid 8 BW.

Zwemmer betoogt in zijn proefschrift dat mijn standpunt niet goed verenigbaar is met de door Richtlijn 2001/23/EG beoogde bescherming van de rechten van de werknemer bij overgang van onderneming. Ik ben dat niet met hem eens. De Nederlandse jurisprudentie biedt diverse voorbeelden van permanent gedetacheerde werknemers die er de voorkeur aan gaven in dienst te blijven bij hun formele werkgever.¹³ In de door hem bepleite benadering verliest de werknemer bovendien in bepaalde gevallen de mogelijkheid regres te zoeken op twee (hoofdelijk aansprakelijke) ondernemingen (artikel 7:658 lid 4 BW en artikel 7:692 lid 1 BW). In mijn visie blijft de gedetacheerde werknemer in dienst van zijn formele werkgever hetzelfde werk doen op basis van dezelfde arbeidsvoorwaarden als voorheen en blijft genoemde dubbele verhaalsmogelijkheid in stand. Aldus wordt de feitelijke en juridische situatie van vóór de overgang zo veel mogelijk gecontinueerd. Dat lijkt mij juist volledig in lijn met hetgeen de richtlijn beoogt.

5. Aansprakelijkheid in groepsverhoudingen

In het kader van zijn tweede onderzoeksvraag onderscheidt Zwemmer tussen aansprakelijkheid op basis van de bepalingen van Boek 2 BW en onvrijwillige 'groepsaansprakelijkheid' op grond van onrechtmatige daad en vereenzelviging. Hij staat geruime tijd stil bij de in Boek 2 BW geboden mogelijkheid om vrijstelling te krijgen van de

voorschriften op het gebied van de openbaarmaking van de jaarstukken voor rechtspersonen die deel uitmaken van een groep. In dat geval dient de moedermaatschappij op grond van artikel 2:403 BW schriftelijk te verklaren hoofdelijke aansprakelijkheid te aanvaarden voor uit rechtshandelingen van de vrijgestelde groepsmaatschappij voortvloeiende schulden. Zwemmer bespreekt de reikwijdte van deze aansprakelijkheid voor verplichtingen die voortvloeien uit door de groepsmaatschappij aangegane arbeidsovereenkomsten. Met een beroep op de ratio van de 403-verklaring, sluit hij zich aan bij de opvatting dat de moedermaatschappij slechts aansprakelijk wordt voor de schulden uit na het afgeven van de verklaring aangegane rechtshandelingen, alsmede op na dat tijdstip opeisbaar geworden schulden die voortvloeien uit daarvóór aangegane rechtshandelingen.¹⁴ Na intrekking blijft de moeder op grond van artikel 2:404 lid 2 BW aansprakelijk voor doorlopende verplichtingen voortvloeiend uit gedurende het (inmiddels geëindigde) aansprakelijkheidstijdvak door de groepsmaatschappij aangegane duurovereenkomsten, zoals arbeidsovereenkomsten. Volgens Zwemmer ziet deze overblijvende aansprakelijkheid niet slechts op de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende periodieke verplichtingen, maar ook op eenmalige verplichtingen zoals schade- en ontslagvergoedingen.

Zwemmer constateert dat de omstandigheid dat het een werknemer is die zich beroept op een onrechtmatige daad van de moedermaatschappij, en niet een gewone handelscrediteur, in de lagere jurisprudentie vooralsnog niet leidt tot een snellere toewijzing van een op die grond gebaseerde vordering. Hij signaleert echter ontwikkelingen op dit vlak. In de door hem betrekkelijk uitgebreid besproken *Nacap*-zaak namen de voorzieningenrechter van de Rechtbank Groningen en, in hoger beroep, het Hof Leeuwarden een verzwaarde zorgplicht van de moedervennootschap aan ten opzichte van de werknemers van de dochtervennootschap, zwaarder dan jegens andere creditoren geldt. Deze verzwaarde zorgplicht werd gebaseerd op de intensieve bemoeienis van de moeder met

de financiering en het beleid van een van haar groepsmaatschappijen. Deze brengt volgens genoemde rechterlijke instanties een eigen verantwoordelijkheid mee van de moeder voor de arbeidsrechtelijke gevolgen van deze bemoeienis voor de werknemers van de dochter. Door zich, na het faillissement van de dochter, aan deze verantwoordelijkheid te onttrekken, handelde de moedermaatschappij onrechtmatig jegens de werknemers van de dochter.¹⁵

Zwemmer vraagt zich terecht af of deze toerekening zich verhoudt met de voorwaarden die de Hoge Raad verbindt aan een doorbraak van aansprakelijkheid in groepsverhoudingen. Het hebben van invloed op de bedrijfsvoering van de groepsmaatschappij is volgens vaste jurisprudentie op zichzelf niet voldoende om aansprakelijkheid van de moedermaatschappij jegens contractspartijen van haar groepsmaatschappij op te baseren.¹⁶ De uitspraak is wellicht toch in lijn met deze jurisprudentie, omdat het door de moeder gewekte vertrouwen dat zij zich de belangen van de werknemers van de dochter zou aantrekken, in deze kwestie een belangrijke rol speelde. Moeten we het arrest zo lezen dat louter op grond van de intensieve bemoeienis van de moeder met de dochter een doorbraak van aansprakelijkheid moet worden aangenomen, dan verwacht ik niet dat het in cassatie in stand zou zijn gebleven.¹⁷

6. Fusie en splitsing

Als laatste besteedt Zwemmer aandacht aan de pluraliteit van aansprakelijkheid bij een juridische fusie of splitsing. De vermogensovergang onder algemene titel bij fusie of splitsing leidt ertoe dat de werknemers te maken krijgen met een (andere) wederpartij met een ingrijpend gewijzigde vermogenspositie. Om die reden bevat Boek 2 BW enkele specifieke bepalingen waarin de belangen worden beschermd van schuldeisers en contractspartijen van de rechtspersonen die betrokken zijn bij een fusie of splitsing. Zwemmer constateert dat in de rechtspraak geen voorbeelden zijn te vinden van een beroep door of namens (ex-) werknemers op deze specifieke bepalingen. Hij vermoedt dat dit samenhangt met het feit dat bij de fusie of (af)splitsing vrijwel altijd tevens

sprake zal zijn van overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 BW. De arbeidsovereenkomst gaat dan (ook) op grond van artikel 7:663 BW van rechtswege over.

De gelijktijdig van toepassing zijnde fusie- of splitsingsregeling en artikel 7:662 e.v. BW hebben echter niet helemaal dezelfde gevolgen voor de overgaande werknemer. Zo wordt deze op grond van Boek 2 BW na de overgang van zijn arbeidsovereenkomst niet beschermd tegen ontslag of een verslechtering van zijn arbeidsvoorwaarden wegens de fusie of (af)splitsing. Ook ontbreekt een recht op informatie als neergelegd in artikel 7:665a BW. Daar staat tegenover dat als gevolg van de vermogensovergang onder algemene titel bij fusie of splitsing, anders dan bij overgang van onderneming,¹⁸ de pensioentoezeggingen en spaarregeringen van de werknemers zonder beperkingen overgaan op de verkrijger.

Thans mag de werknemer zelf kiezen op welke regeling hij zich beroept, die van Boek 2 BW of die van artikel 7:662 e.v. BW. Mede gelet op de uiteenlopende doelstellingen van de fusierichtlijn en de Richtlijn overgang van ondernemingen, ziet Zwemmer aanleiding een wetswijziging te bepleiten, inhoudend dat de werknemer zich bij fusie of splitsing niet langer kan beroepen op de schuldeisers beschermende bepalingen van Boek 2 BW. Aldus zou naar zijn mening een beter evenwicht tot stand worden gebracht in de belangen van werkgever en werknemer in deze situaties. Ik ben door dit pleidooi niet overtuigd. Juist omdat de toepasselijkheid in de praktijk geen onoverkomelijke problemen oplevert, zie ik geen reden om de werknemer de bescherming die hem uit hoofde van Boek 2 BW als schuldeiser toekomt te ontzeggen.

7. Slotbeschouwing

Het proefschrift van Johan Zwemmer bevat een grondige bespreking van de diverse juridische aspecten van de situatie dat aan werkgeverskant gelijktijdig of opvolgend verschillende partijen zijn betrokken bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst. Zoals hierboven bleek, ben ik het op een aantal punten niet eens met zijn conclusies. Dat zegt echter niets over de wetenschappelij-

ke en maatschappelijke betekenis van het werk. Over een boodschappenlijstje valt niet te discussiëren. Vooral Zwemmers pleidooi voor een kritische houding ten opzichte van *payrolling* zou ik van harte willen onderschrijven. Deze vorm van 'uitbesteding van werkgeverschap' dreigt de arbeidsrechtelijke bescherming van een grote groep werknemers uit te hollen. Zijn pleidooi heeft inmiddels gehoor gevonden in de lagere rechtspraak.¹⁹ Ik juich dat van harte toe. Ook de regering heeft inmiddels te kennen gegeven maatregelen te willen nemen om oneigenlijk gebruik van de payrollconstructie terug te dringen. In het kader van het per 1 juli 2015 in te voeren nieuwe ontslagrecht zullen de regels zodanig worden aangepast, dat de ontslagbescherming van payrollwerknemers gelijkwaardig wordt aan die van de werknemers die rechtstreeks in dienst zijn bij de inlenende werkgever.²⁰ Bij dit voornemen heb ik enige aarzeling. Door bijzondere regels voor payrollarbeid te creëren, verschaft men de constructie ook een zekere legitimatie. Beter is het een benadering te hanteren waarbij wezen voor schijn gaat. De wetgever zou daaraan bijvoorbeeld bij kunnen dragen door de introductie van een (weerlegbaar) rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst met de inlener.²¹

W.H.A.C.M. Bouwens²²
Amsterdam, 10 maart 2014

1. Zie onder meer HR 14 november 1997, NJ 1998/149 (Groen/Schoevers).
2. Zie in het bijzonder L.G. Verburg, 'Payrolling: over duiding en verbinding', AA 2013, p. 912-913.
3. HR 5 april 2002, NJ 2003/124, m.nt. Heerma van Voss. Daarover uitgebreid: C.J.H. Jansen, 'Het ontstaan van een arbeidsovereenkomst: de Hoge Raad op het scherp van de snede', *ArA* 2002, afl. 2.
4. HR 13 juli 2007, NJ 2007/449, m.nt. Verhulp.
5. Zie met name *Kamerstukken II* 1996/97, 25263, 3, p. 10 en p. 33.
6. Vergelijk Y.A.E. van Houte, 'Uitzending en payrolling: overeenkomst en verschil', *ArbeidsRecht* 2011/36.
7. Zie p. 181 van de dissertatie.
8. Vergelijk HvJ EG 13 september 2007, JAR 2007/252 (Jouini e.a.).
9. Zie onder meer *Kamerstukken II* 2000/01, 27469, 3, p. 15, alsmede onder

- meer: Ktr. Rotterdam 9 oktober 2007, *JAR* 2007/274 en Ktr. Rotterdam 26 juni 2008, *JAR* 2008/212.
10. HvJ EU 21 oktober 2010, *JAR* 2010/298.
11. W.H.A.C.M. Bouwens & A.P.P. Witteveen, 'Het Albron-arrest: lees maar, er staat niet wat er staat', *Tijdschrift Arbeidsrecht Praktijk* 2011, afl. 1. Zie voor het hiernavolgende ook mijn noot onder het arrest van de Hoge Raad van 5 april 2013 in *JOR* 2013/197.
12. Voor de overgang van de arbeidsovereenkomst met de formele werkgever kan aansluiting worden gezocht bij de criteria die gelden voor een overgang van een uitzendonderneming. Zie daarvoor het reeds aangehaalde *Jouini*-arrest.
13. Zie bijv. Ktr. Rotterdam 26 juni 2008, *JAR* 2008/212, m.nt. Knipschild.
14. Vergelijk S.C.H. Koning, 'De aansprakelijkheid uit artikel 403 BW 2', in: *Liber amicorum NBW* (Opstellen aangeboden aan Mr. drs. B.C. de Die), Arnhem: Gouda Quint/Deventer: Kluwer/Zwolle: Tjeenk Willink 1991, p. 30.
15. Rb. Groningen (vzr.) 5 augustus 2011, *JAR* 2011/236 en Hof Leeuwarden 6 december 2011, *JAR* 2012/15. Zie voor een vergelijkbare benadering Ktr. Heerenveen 11 april 2012, *LJN* BW2244.
16. Zie onder meer HR 16 januari 1987, *NJ* 1987/970. Vergelijk ten aanzien van vereenzelviging in het arbeidsrecht: HR 21 mei 2010, *JAR* 2010/164.
17. Vergelijk R.G.J. de Haan, 'De Nacap- en Bio Value-uitspraken: doorbraak van aansprakelijkheid', *TOP* 2012, afl. 7, p. 273.
18. Zie artikel 7:664 BW.
19. Zie Ktr. Almelo 21 maart 2013, *JAR* 2013/95, Ktr. Almelo 13 mei 2013, *JAR* 2013/144; Rb. 's-Gravenhage 26 juni 2013, *JAR* 2013/193 en Rb. Overijssel 11 maart 2014, *ECLI:NL:RBOVE:2014:1214*. Vergelijk ten aanzien van de arbeidsovereenkomst met een intermediair in de thuiszorg: Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, *JAR* 2014/12, m.nt. E. Cremers-Hartman.
20. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 12.
21. Vergelijk artikel G van het initiatiefwetsvoorstel Zekerheid voor flexibiliteit, *Kamerstukken II* 2012/13, 33499, 2.
22. Prof. mr. W.H.A.C.M. Bouwens is hoogleraar sociaal recht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

Brecht van Mourik, Parlementaire controle op Europese besluitvorming. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar mandaatsystemen en parlementaire behandelingsvoorbehouden

*Diss. Utrecht, promotoren
prof. dr. L.F.M. Besselink
en prof. dr. H.R.B.M.
Kummeling, Nijmegen: Wolf
Legal Publishers 2012,
ISBN 978-90-5850-844-7.*

Toen Brecht van Mourik in 2007 aan haar promotieonderzoek over parlementaire controle op Europese besluitvorming begon, maakte zij het zichzelf niet makkelijk door een onderwerp te kiezen dat volop in beweging was. Met de kater van het Europese grondwetsproject nog voelbaar en de onderhandelingen over wat het Verdrag van Lissabon zou worden in volle gang, hadden velen hun hoop gevestigd op een grotere rol voor nationale parlementen. Aan de zoektocht naar mechanismen die dit kunnen verwezenlijken, beoogt dit proefschrift een wetenschappelijke bijdrage te leveren. Hieronder geef ik aan waar deze bijdrage wat mij betreft met name in gelegen is en op welke punten vervolgvragen aan de orde zijn. Het proefschrift, klassiek van opzet en eigentijds qua omvang, voert de lezer mee langs mechanismen die drie andere lidstaten hebben ingevoerd om hun nationale parlementaire controle op Europese besluitvor-

ming te optimaliseren. Doel is vast te stellen wat een (zwaarder) parlementair behandelingsvoorbehoud of een mandaatsysteem kan toevoegen aan de bestaande parlementaire controlemechanismen in Nederland. De Britse *scrutiny reserve* en het Deense mandaatsysteem zijn de meer bekende mechanismen die aan de orde komen. Daarnaast wordt de Oostenrijkse *Stellungnahmen* onder de loep genomen. De verantwoording van de landenselectie gaat wel wat snel (p. 10). Als het ontdekken van de *meerwaarde* van behandelingsvoorbehouden en mandaatsystemen het doel is, zou het dan niet juist interessant zijn landen mee te nemen die geen bijzondere mechanismen hebben, maar waar de parlementaire controle op Europese besluitvorming toch behoorlijk werkt? Het zou overigens best kunnen dat die er niet zijn, maar dat zou, zeker gezien de uitvoerige literatuur over nationale parlementen in Europa,¹ een sterkere motivering van de keuze

niet in de weg hoeven te staan. Overigens lost Van Mourik de altijd lastige keuze tussen landenhoofdstukken of een geïntegreerde benadering van de rechtsvergelijkende elementen van een proefschrift goed op door de rechtsvergelijkende bevindingen eerst in drie losse landenhoofdstukken te presenteren, daarna in een synthetiserend hoofdstuk en dan pas los te laten op de Nederlandse situatie. Dit zorgt er mede voor dat het boek zeer leesbaar is en dat het, ondanks de vele ontwikkelingen op het terrein, kan dienen als een bron van informatie voor iedereen die zich bezighoudt met parlementaire EU-controle. Visueel ingestelde lezers zullen een schematische weergave van de vele procedures die de revue passeren af en toe wel missen.

Voor Nederland (hoofdstukken II en III) bestaat die informatie naar mijn smaak wel in iets te grote mate uit een samenvatting van het leerstuk van de ministeriële verantwoordelijk-